

**WYROK**  
**z dnia 19 października 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez odwołującego MS-EKO Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Radzymin przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „RDF Sp. z o. o.” w Ostrołęce i MPK Pure Home Sp. z o. o. w Ostrołęce przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego ukształtowania warunków zamówienia określonych w dokumentacji postępowania z punktów 1 – 4, 6, 8 – 12, 15 – 24 uzasadnienia odwołania,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego MS-EKO Sp. z o. o. w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego MS-EKO Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od odwołującego MS-EKO Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Radzymin kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## **Uzasadnienie**

### **wyroku z dnia 19 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2768/21**

Zamawiający – Gmina Radzymin Plac Tadeusza Kościuszki 2, 05-250 Radzymin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Radzymin, z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz wskazanych nieruchomościach”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 8 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 174-454169, zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 września 2021 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 nPzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i właściwych przepisów prawa, a także naruszający zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie wymagań nadmiernie uciążliwych i niemających uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego,
2. 436 ust. 1 pkt 1 nPzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez zaniechanie podania terminu realizacji umowy (rozpoczęcia realizacji usług objętych umową) w okresach dziennych względem terminu zawarcia umowy i określanie go konkretną datą, pomimo braku uzasadnionej przyczyny takiego określenia oraz w sposób, który nie zapewnia wystarczającego czasu na dokonanie czynności przygotowawczych do realizacji usług objętych umową, co powoduje przeniesienie na Wykonawcę ryzyk opóźnień w zawarciu umowy,
3. art. 433 pkt 4 nPzp i art. 353 (1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia Wykonawcy oraz ograniczanie świadczenia Wykonawcy bez gwarancji minimalnej wartości świadczenia dla Wykonawcy,
4. art. 353 (1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 nPzp oraz art. 8 ust. 1 nPzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych

- postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia maksymalnej wartości wynagrodzenia, przy równoczesnym obowiązku odbierania odpadów niezależnie od ilości,
5. art. 353 (1) kc w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez wprowadzenie warunków niespójnych z obowiązującymi przepisami, nadmiernie uciążliwych dla Wykonawcy i narażających go na poniesienie szkody, w szczególności w zakresie sposobu rozliczania masy odebranych odpadów,
  6. art. 353 (1) kc w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na Wykonawcę nadmiernego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy,
  7. art. 353 (1) w zw. z art. 99 ust. 1 nPzp i art. 483 i 484 k.c. w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego poprzez nakładanie kar umownych o nieustalonej wysokości i bez uwzględnienia zawinienia Wykonawcy,
  8. art. 353 (1) kc w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez formułowanie przesłanek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności, granic swobody umów, zasad współzycia społecznego i równowagi kontraktowej,
  9. art. 431 nPzp poprzez wprowadzanie nierealnych lub nadmiernie uciążliwych terminów wykonania obowiązków umownych i realizacji zamówienia oraz niewprowadzeniu terminów dla realizacji obowiązków przez Zamawiającego, co stanowi o naruszeniu obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy,
  10. art. 353 (1) kc w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1) nPzp w zw. z art. 16 nPzp i art. 8 ust. 1 nPzp poprzez formułowanie uciążliwych warunków zmiany umowy,
  11. art. 353 (1) kc w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kc w związku z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 nPzp oraz art. 8 ust. 1 nPzp poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia realizacji umowy na 1 stycznia 2022 r., co z uwagi na niepewną datę zawarcia umowy nie zapewnia wystarczającego okresu przejściowego na przygotowanie się do jej wykonywania oraz realizacji czynności przygotowawczych wymaganych przez Zamawiającego,
  12. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 nPzp poprzez wprowadzenie naruszającego zasadę proporcjonalności, zbędnego i ograniczającego konkurencję wpisu w Bazie BDO w zakresie zbierania odpadów (wpis obejmuje co najmniej

rodzaje odpadów komunalnych objęte przedmiotem zamówienia - przez cały okres świadczenia usługi),

13. naruszenie innych przepisów wskazanych w odwołaniu i w sposób tam określony, i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w następujący sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania (pisownia oryginalna):

1. pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, paragraf 1 ust. 1 wzoru umowy, sekcja 11.1.4), 11.2.4) Ogłoszenia o zamówieniu - Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ograniczenia ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
2. rozdział I OPZ „Charakterystyka Gminy Radzymin” ust. 4 i 5 - Zamawiający określi maksymalną liczbę mieszkańców i nieruchomości objętych ceną oferty oraz przewidzi, że przy przekroczeniu maksymalnego poziomu liczby mieszkańców i nieruchomości Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie za świadczone usługi,
3. rozdział I OPZ „Charakterystyka Gminy Radzymin” ust. 6, 7 i 8 - wskazanie w OPZ informacji w zakresie maksymalnej ilości worków oraz pojemników i kontenerów poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest zapewnić wraz z wprowadzeniem do wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego worka, pojemnika lub kontenera danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia worków, pojemników lub kontenerów w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do danego rodzaju worka, danego rodzaju i pojemności pojemnika i kontenera,
4. brak określenia minimalnego zakresu zamówienia - określenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowana część przedmiotu zamówienia), wskazując, że warunkach przedmiotowego zamówienia adekwatne jest wskazanie minimalnej wartości zobowiązania Zamawiającego, stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia określonego w paragrafie 3 ust. 2 wzoru umowy,
5. pkt 1.1.1.1) lit. d) OPZ - uzupełnienie pkt 1.1.1.1) lit. d) OPZ w sposób opisany powyżej w zakresie możliwości odmowy przyjęcia odpadów i dalszego postępowania z odpadami,
6. ust. 4 pkt 5 oraz paragraf 1 ust. 8 wzoru umowy - Wykonawca zobowiązany jest przekazać odebrane od właścicieli nieruchomości niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38 b ust. 1 pkt

1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest na żądanie Zamawiającego niezwłocznie przekazać mu informację potwierdzającą przekazanie określonej ilości odpadów do instalacji komunalnej lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych oraz informacje określone w art. 90a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 t.j.) na podstawie danych, które Wykonawca otrzymał od instalacji komunalnej lub żądanie instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych w terminach określonych w przepisach prawa. Zamawiający dopuszcza zmianę lub dodanie nowej instalacji komunalnej lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub innej instalacji w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana instalacji może nastąpić po wcześniejszym zgłoszeniu tego faktu przez Wykonawcę. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dokumentów wymaganych przepisami prawa w stosunku do nowej instalacji.

7. ust. 4 „Obowiązki Zamawiającego i Wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia” pkt 7, ust. 17 pkt 22 wzoru umowy – ustalenie ilości odebranych odpadów komunalnych na podstawie masy odpadów wskazanej w karcie przekazania odpadów (KPOK/KPO) przez instalację, do której zostały przekazane odpady. Do ustalenia ilości odebranych odpadów komunalnych, które podlegać będą rozliczeniu, pierwszeństwo mają dane w Karcie Przekazania Odpadu Komunalnego/Karcie Przekazania Odpadu, natomiast dane zawarte w kwitach wagowych z punktu wskazanego przez Zamawiającego będą miały wyłącznie charakter kontrolny. Zamawiający w razie stwierdzenia istotnych rozbieżności będzie mógł żądać od Wykonawcy stosownych wyjaśnień,
8. pkt 17 OPZ - wydłużenie terminu na opracowanie harmonogramu odbioru odpadów na rok 2022, odrębnie dla nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych zgodnie z częstotliwością odbioru podaną w Opisie Przedmiotu Zamówienia do 30 dni od podpisania umowy, z równoczesnym zobowiązaniem do określenia przez Zamawiającego terminu na podanie przez Zamawiającego danych niezbędnych do sporządzenia harmonogramu w okresie nie dłuższym niż 5 dni roboczych od dnia podpisania umowy,
9. pkt 27 i par. 2 ust. 17 pkt 37) wzoru umowy - wskazanie, że zapis wideo z przejazdu trasy będzie dostępny na żądanie Zamawiającego w kolejnym dniu roboczym,
10. pkt 28 OPZ i par. 2 ust. 17 pkt 38) wzoru umowy - wykreślenie fragmentu „w ciągu 14 dni przed przystąpieniem do realizacji umowy” i nadanie mu brzmienia: Pojazdy

- obsługujące teren gminy Radzymin muszą być wyposażone w wagi (muszą one być aktywne na czas ważenia) oraz system GPS z możliwością śledzenia trasy przejazdu pojazdu obsługującego oraz możliwością odczytu tras minimum 30 dni wstecz od daty przejazdu. Wykonawca udostępni dla potrzeb Zamawiającego, w toku wykonywania umowy, dostęp online do systemu GPS poprzez oprogramowanie kompatybilne z programem obsługującym Gminę Radzymin, Udostępnienie nastąpi najpóźniej w dniu rozpoczęcia świadczenia usług. Oprogramowaniem udostępnionym przez Zamawiającego Wykonawcy na czas trwania umowy jest system C-Ware,
11. pkt 30 OPZ i par. 2 ust. 14 wzoru umowy - wykreślenie obowiązku przedkładania sprawozdań zgodnych z art. 9na ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
  12. pkt 31 OPZ i par. 2 wzoru umowy - modyfikacja, aby brzmienie było zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym brakiem obowiązku przetwarzania odpadów zielonych i bioodpadów w instalacjach komunalnych, lecz w dowolnych instalacjach uprawnionych do przetwarzania tych kategorii odpadów,
  13. pkt 33 OPZ i paragraf 2 ust. 17 pkt 41) wzoru umowy - doprecyzowania pkt 33 OPZ i paragrafu 2 ust. 17 pkt 41) wzoru umowy, przy czym obowiązek odbioru odpadów powinien dotyczyć tylko przypadku określonego w art. 6ka ucpq, z zastrzeżeniem, że odpady zostaną odebrane w najbliższym terminie odbioru odpadów zmieszanych,
  14. pkt 37 OPZ i par. 2 ust. 17 pkt 41) wzoru umowy - wskazanie, że obowiązek wymiany uszkodzonego pojemnika lub kontenera dotyczy tylko pojemników lub kontenerów uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W innych przypadkach konieczności wymiany uszkodzonego pojemnika lub kontenera wymiana pojemnika lub kontenera może nastąpić odpłatnie,
  15. pkt 38 OPZ i par. 2 ust. 13 wzoru umowy - uwzględnienia posługiwania się znowelizowanym brzmieniem art. 9e ust. 2 ucpq: Zakazuje się mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych z niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych różnych rodzajów ze sobą,
  16. pkt 39 i par. 2 ust. 9 wzoru umowy - wprowadzenie ograniczenia możliwości dodatkowego mycia pojemników w zabudowie wielorodzinnej do 2,
  17. pkt 42 i paragraf 2 ust. 12 wzoru umowy - uwzględnienie rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 maja 2021 r. w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów,
  18. paragraf 2 ust. 2 wzoru umowy - termin realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów rozpoczyna się: 60 dni po podpisaniu umowy i trwa do 31 grudnia 2022 r., a także modyfikacja terminów dziennych (dat) podanych przez Zamawiającego

- w umowie oraz w OPZ na terminy określone w dniach lub przez podanie określonego zdarzenia (np. do czasu rozpoczęcia świadczenia usług),
19. paragraf 3 „Wynagrodzenie” - w przypadku, gdy ilość odpadów komunalnych odebranych przez wykonawcę przekroczy maksymalną wartość wynagrodzenia określoną w umowie, strony dokonają ich rozliczenia na zasadach zawartych w umowie. Ponadto Zamawiający w przypadku wyczerpania 80% wartości wynagrodzenia maksymalnego przekazuje informację w tym zakresie Wykonawcy,
  20. paragraf 3 ust. 3 - wykreślenie postanowienia,
  21. paragraf 3 ust. 4 - wykreślenia postanowienia ewentualnie wprowadzenie zastrzeżenia, że nie dotyczy przypadków możliwości zmiany wynagrodzenia przewidzianych w umowie,
  22. paragraf 7 ust. 2 - wykreślenie terminu 3 stycznia 2022 roku i zastąpienie go okresem 60 dni od dnia podpisania umowy,
  23. paragraf 10 ust. 4 - dostosowanie treści umowy do opisu zawartego w SWZ, z uwzględnieniem żądania zmiany w odniesieniu do sposobu określenia kategorii tzw. pracowników fizycznych poprzez wskazanie, że dotyczy ona pracowników fizycznych do załadunku odpadów,
  24. paragraf 11 „Kary umowne” - wykreślenie z paragrafu 11 ust. 1 kary umownej z przyczyn określonych w par. 7 ust. 5 oraz o wskazanie, że w pozostałym zakresie kara umowna dotyczy tylko odstąpienia od umowy, gdy wskazane tam przyczyny były zawinione przez wykonawcę, jak również o dodanie ust. 1a lub w ust. 4 regulującym maksymalny łączny wymiar kar umownych, że każda z kar umownych może zostać naliczona tylko w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę,
  27. warunki udziału w postępowaniu - sekcja 111.1.1) Ogłoszenia o zamówieniu, VII.2.2) SWZ - nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymagania posiadania wpisu do Bazy BDO w zakresie zbierania.

Odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko procesowe i wycofał zarzuty z wyżej wymienionych punktów: od 1 do 4, 6, od 8 do 12, od 15 do 24, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji orzeczenia. Pozostałe, niewycofane zarzuty uzasadniono w odwołaniu w sposób następujący.

Zarzut 5 – pkt 1.1.1.1) lit. d) OPZ. W punkcie 1 odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych pkt 1 1.1. zabudowa jednorodzinna ppkt 1) lit. d) wskazano: „W przypadku gdy w pojemniku na odpady zmieszane znajdują się odpady, które powinny zostać poddane segregacji bądź odpady, które powinny być wyselekcjonowane i oddane w Punkcie PSZOK, Wykonawca odbierze odpady i poinformuje o takim fakcie niezwłocznie Zamawiającego (...)”. W ocenie odwołującego zamawiający nie może oczekiwać, aby wykonawca każdorazowo



odbierał jako odpady zmieszane odpady, które powinny zostać wyselekcjonowane i oddane w punkcie PSZOK. W przypadku odpadów komunalnych, które powinny być wyselekcjonowane i przekazane do PSZOK (zamawiający przedstawił szeroki katalog odpadów przyjmowanych do punktu PSZOK, obejmujący m.in. chemikalia, lampy fluorescencyjne, odpady budowlane i rozbiórkowe, zużyte baterie i akumulatory, przeterminowane leki itp.) takie postanowienie oznacza nałożenie na wykonawcę obowiązków nadmiernie uciążliwych lub niemożliwych do spełnienia, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p., ponieważ wykonawca nie będzie miał gdzie tak zanieczyszczonych odpadów przekazać. W przypadku stwierdzenia tego typu odpadów w odpadach zmieszanych wykonawca powinien być uprawniony do pozostawienia pojemnika lub worka bez odbioru i poinformowania o tym fakcie zamawiającego. Pojemnik lub worek zostanie odebrany wówczas, gdy nie będzie zawierał odpadów, które powinny zostać wyselekcjonowane i przekazane do PSZOK. W takiej sytuacji obowiązujące przepisy nie dają podstaw do nakazywania wykonawcy odbierania odpadów jako odpady zmieszane i powinna znaleźć zastosowanie taka sama procedura jak dla odpadów, które są wyselekcjonowane i przekazane do PSZOK. Zatem odwołujący wnosi o uzupełnienie pkt 1.1.1.1) lit. d) OPZ w sposób opisany powyżej, w zakresie możliwości odmowy przyjęcia odpadów i dalszego postępowania z odpadami, co zostało doprecyzowane przez odwołującego na posiedzeniu jako żądanie następującej modyfikacji SWZ „w przypadku, gdy w pojemniku na odpady zmieszane znajdują się odpady, które powinny zostać wyselekcjonowane i oddane w punkcie PSZOK jak również w przypadku, gdy w pojemniku na odpady zmieszane znajdują się odpady niestanowiące odpadów komunalnych lub odpady niebezpieczne wykonawca jest uprawniony do pozostawienia pojemnika lub worka bez odbioru, a o tym fakcie wykonawca niezwłocznie informuje zamawiającego”.

Zarzut 7 – zamawiający przewidział obowiązek ważenia pojazdów odbierających odpady komunalne każdej z frakcji przed rozpoczęciem odbioru i przed rozładunkiem. Zamawiający wskazał, że: „Do ustalenia ilości odpadów odebranych pierwszeństwo będą miały wagi z punktu wskazanego przez Zamawiającego.” Z powyższego postanowienia oraz regulacji § 5 ust. 1 umowy wynika, że podstawą rozliczenia usług wykonanych w ramach umowy będą kwity wagowe, a nie masa wskazana w kartach przekazania odpadów (Kartach Przekazania Odpadów Komunalnych (KPOK)/Kartach Przekazania Odpadów (KPO)).

Według odwołującego przyjęty sposób rozliczenia jest wadliwy. Podstawą do ustalenia masy odpadów podlegającej rozliczeniu powinny być ilości wskazane na KPOK/KPO przez instalację, do których przekazywane są odpady komunalne. Karty wystawiane są w systemie BDO przez firmę odbierającą odpady, a masa odebranych odpadów jest wpisywana przez instalację odbierającą odpad. Odbierający odpady może jedynie to potwierdzić, ponieważ system BDO nie daje możliwości jakichkolwiek zmian.

Firma odbierająca odpady rozlicza się z instalacją na podstawie kart przekazania odpadu (KPOK/KPO), ilości w ewidencji miesięcznej muszą być tożsame z ilościami odpadów wskazanych na fakturze. Rozliczanie się z innych wag, niż znajdujące się na KPOK/KPO będzie prowadziło do błędów w ewidencji odpadów komunalnych oraz rozbieżności pomiędzy danymi w systemie BDO, na podstawie których sporządzane są sprawozdania komunalne oraz ilościami odpadów wykazanymi na fakturze. KPOK/KPO jest dokumentem powszechnie obowiązującym, o treści ustalonej przepisami prawa, natomiast ważenie pojazdu na punkcie kontrolnym nie daje możliwości wygenerowania dokumentu określonego przepisami prawa. Jediną możliwością jest wydruk kwitu wagowego, który w żaden sposób nie jest uregulowany prawnie. Może on służyć do ewentualnych czynności kontrolnych wobec wykonawcy w razie zaistnienia istotnych rozbieżności w masie odpadów wykazanej w KPOK/KPO po stronie wykonawcy, a nie jako podstawa rozliczeń. Rozbieżności są nieuchronne, choćby z powodu różnic w wagach (odpady komunalne będą ważone na różnych wagach, których legalizacja może zawierać różny poziom tolerancji). Ponadto zmiany w masie odpadów wynikać będą ze zmiany ich struktury, warunków atmosferycznych itp., co jest czynnikiem obiektywnym i niezależnym od wykonawcy.

W ocenie odwołującego doszło więc do naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p., a także do przekroczenia granicy swobody umów wyznaczonej art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez wprowadzenie warunków niespójnych z obowiązującymi przepisami, nadmiernie uciążliwych dla wykonawcy i narażających go na poniesienie szkody. Odwołujący wnosi więc o nakazanie zamawiającemu, aby ustalenie ilości odebranych odpadów komunalnych następowało na podstawie masy odpadów wskazanej w karcie przekazania odpadów (KPOK/KPO) przez instalację, do której zostały przekazane odpady. W konsekwencji także o nakazanie zamawiającemu, aby do ustalenia ilości odebranych odpadów komunalnych, które podlegać będą rozliczeniu, pierwszeństwo miały dane w KPOK/KPO, natomiast dane zawarte w kwitach wagowych z punktu wskazanego przez zamawiającego będą miały wyłącznie charakter kontrolny. Zamawiający w razie stwierdzenia istotnych rozbieżności będzie mógł żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

Zarzut 13 – pkt 33 OPZ i § 2 ust. 17 pkt 41 wzoru umowy. Zdaniem odwołującego w rzeczonych postanowieniach wskazano następujące wymaganie „Wykonawca jest zobowiązany do weryfikowania prawidłowości prowadzonej segregacji. Sprawdzeniu podczas odbioru odpadów z nieruchomości czy w wystawianym worku z poszczególnej frakcji odpadów (papier, szkło, tworzywa sztuczne, bioodpady, popiół i żużel) znajdują się odpady zgodnie z jego przeznaczeniem, natomiast w pojemniku na odpady zmieszane nie powinny znajdować się odpady przeznaczone do segregacji bądź odpady, które powinny być wyselekcjonowane i oddane w Punkcie PSZOK. W przypadku stwierdzenia

nieprawidłowej segregacji odpadów niezwłocznie zawiadamia Zamawiającego /e-mail/ oraz odbiera i zabezpiecza worki z nieprawidłowo posortowanymi odpadami. Zamawiający podejmie czynności kontrolne nie później niż w ciągu trzech dni roboczych od powiadomienia.” Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy odbierania odpadów, które powinny być wyselekcjonowane i oddane w punkcie PSZOK. W tym zakresie znajduje w całości zastosowanie argumentacja do zarzutu 5. Ponadto zamawiający w tym postanowieniu wymaga dodatkowo, aby wykonawca zabezpieczył worki, a zamawiający czynności kontrolne w ciągu 3 dni roboczych od powiadomienia. Zdaniem odwołującego w takiej sytuacji znajduje zastosowanie art. 6ka ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 poz. 888 ze zm.), dalej zwanej „u.c.p.g.”, a w zakresie odpadów podlegających wyselekcjonowaniu i oddaniu do PSZOK (jak również innych odpadów, które nie są odpadami komunalnymi, czego zamawiający w ogóle nie reguluje) - wykonawca nie ma obowiązku ich odbioru.

Niezrozumiałe dla odwołującego jest także, na czym ma polegać zabezpieczenie worków przez wykonawcę, zwłaszcza w kontekście podjęcia czynności kontrolnych przez zamawiającego w ciągu trzech dni roboczych. Nie jest jasne, czy wykonawca ma te worki do tego czasu magazynować. Wykonawca może nie mieć prawnych możliwości magazynowania odpadów w takim okresie, więc wymaganie zamawiającego byłoby niemożliwe do spełnienia. Jest to też całkowicie zbędne, ponieważ wystarczająca jest dokumentacja fotograficzna. Nawet w przypadku realizacji obowiązku wynikającego z art. 6ka u.c.p.g. wykonawca powinien móc odebrać odpady w kolejnym terminie odbioru odpadów zmieszanych. Nie jest przecież dopuszczalne odebranie frakcji zmieszanej razem z selektywną z uwagi na zakaz mieszania odpadów zmieszanych i selektywnych wynikający z u.c.p.g.

W opinii odwołującego omawiana treść dokumentacji postępowania stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez formułowanie wymagań nadmiernie uciążliwych i niejednoznacznych. Odwołujący wnosi więc o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania pkt 33 OPZ i § 2 ust. 17 pkt 41 wzoru umowy, przy czym obowiązek odbioru odpadów powinien dotyczyć tylko przypadku określonego w art. 6ka u.c.p.g. z zastrzeżeniem, że odpady zostaną odebrane w najbliższym terminie odbioru odpadów zmieszanych.

Zarzut 14 – pkt 37 OPZ i § 2 ust. 17 pkt 41 wzoru umowy. Odwołujący wskazał, że zamawiający obliguje wykonawcę do wymiany uszkodzonego pojemnika lub kontenera z zabudowy wielorodzinnej, nie precyzując, że obowiązek ten dotyczy tylko pojemników lub kontenerów uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Obciążanie takim obowiązkiem stanowiłoby wprowadzenie wymagań nadmiernie uciążliwych i wykraczających

poza kontraktowy rozkład ryzyka. Stanowi to naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 p.z.p. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu modyfikacji wyżej wymienionych postanowień poprzez wskazanie, że obowiązek wymiany uszkodzonego pojemnika lub kontenera dotyczy tylko pojemników lub kontenerów uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W innych przypadkach konieczności wymiany uszkodzonego pojemnika lub kontenera może nastąpić odpłatnie.

Zarzut 27 – zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności do prowadzenia działalności zawodowej posiadania wpisu do bazy BDO w zakresie zbierania i transportu odpadów (o której mowa w art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779)); wpis obejmuje co najmniej rodzaje odpadów komunalnych objęte przedmiotem zamówienia przez cały okres świadczenia usługi, umożliwiającą realizację zamówienia.

Wymaganie to jest nadmierne, całkowicie zbędne, a równocześnie ogranicza konkurencję. Pozostaje także w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Narusza zatem art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 p.z.p. Posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów jest zbędne, ponieważ zbieranie nie jest wymagane dla realizacji zamówienia. Odbierane odpady mogą trafiać bezpośrednio do instalacji i nie podlegać zbieraniu. Ustanawianie zatem dla wszystkich kategorii odpadów obowiązku, aby wykonawca posiadał zezwolenie na zbieranie (wpis do BDO w zakresie zbierania) nie ma uzasadnienia rzeczowego, natomiast ogranicza krąg podmiotów, które mogą złożyć ofertę w postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum „RDF Sp. z o. o.” i MPK Pure Home Sp. z o.o. ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka zgłaszające przystąpienie po stronie odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W zakresie legitymacji materialnej do wniesienia środka zaskarżenia odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów jego interes doznał uszczerbku, ponieważ uniemożliwiono mu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia może okazać się niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności dokumentacji postępowania z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą dokumentacja postępowania w sposób negatywny oddziałuje na możliwości jego udziału w postępowaniu. Warunki zamówienia utrudniają odwołującemu dostęp do zamówienia, tj. opracowania i złożenia korzystanej i konkurencyjnej oferty, co przedkłada się na możliwość poniesienia szkody polegającej na utarciu zysku z tytułu wykonania umowy.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że spełnia przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. w zakresie rozpoznawanych zarzutów, oprócz zarzutu z punktu 27 dotyczącego warunku udziału w postępowaniu posiadania wpisu do bazy BDO w przedmiocie zbierania i transportu odpadów zgodnie z lit. b ppkt 2 pkt 2 rozdziału VII SWZ pt. informacje o warunkach udziału w postępowaniu. Nie było spornym, że odwołujący posiada rzeczony wpis, a tym samym spełnia wskazany warunek. Skoro zatem wykonawca posiada zaskarżoną odwołaniem zdolność zawodową jego interes nie został zagrożony. Nie może być bowiem mowy o utrudnieniu dostępu do zamówienia, czy uniemożliwieniu złożenia wykonawcy oferty, w czym strona upatrywała swojego interesu we wniesieniu odwołania, jeżeli spełnia warunek udziału w przetargu. Brak wykazania posiadania interesu i następczy brak chociażby hipotetycznej szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w formułowaniu warunków udziału w przetargu skutkowało stwierdzeniem, że strona nie posiada czynnej legitymacji procesowej, aby podnosić omawiany zarzut, co powoduje oddalenie odwołania w tym zakresie. Jedynie na marginesie należy wskazać, że nie udowodniono, by na etapie realizacji zamówienia był to wymóg nadmierny czy nieuzasadniony. Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste i sprowadza się do postulatu zmiany SWZ pochodzącego od strony, która legitymuje się wymaganą zdolnością zawodową. Natomiast w pozostałym zakresie Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli

stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach uwag ogólnych skład orzekający wskazuje, że na podstawie art. 99 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem tak, aby możliwe było klarowne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść dokumentacji postępowania winna stanowić podstawę do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenie oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy. Odnoszą się natomiast do art. 99 ust. 4 p.z.p. należy zaznaczyć, że norma ta dotyczy jednej z głównych zasad związanych z procesem formułowania przedmiotu zamówienia zakazującej opisywania go w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zawarto w niej przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów. Warto także zaznaczyć, że art. 99 ust. 4 p.z.p., w którym ustawodawca posłużył się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia – pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia – nie doszło lub nie może dojść przerzucony zostaje na zamawiającego. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Powyższe nie oznacza jednak całkowitego braku obowiązku wykazania okoliczności, do których referuje hipoteza przepisu – możliwość niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowa, realna i przede wszystkim uprawdopodobniona.

Norma zrekonstruowana na podstawie obydwu wskazanych przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, który można obiektywnie uznać za precyzyjny i wyczerpujący, pozwalający

potencjalnemu kręgowi wykonawców na właściwe oszacowanie ceny oferty oraz rzeczywistą i miarodajną ocenę swoich możliwości w zakresie podłożenia wymaganiom stawianym przez zamawiającego.

Natomiast w zakresie możliwego naruszenia art. 16 p.z.p. w stosunku do treści dokumentacji postępowania, rolą odwołującego jest wykazanie takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia lub utrudnia dostęp do zamówienia. Powołanie się na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie wydaje się w każdym przypadku uzasadnione. Trzeba mieć bowiem na względzie, że postanowienia wzoru umowy są identyczne dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli nie zostanie wykazane, że sposób ich ukształtowania niezasadnie preferuje tych spośród wykonawców, którzy – przykładowo – są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe od innych zarzut naruszenia art. 16 p.z.p. nie zostanie uwzględniony. Warto również zaznaczyć, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą przedmiotu zamówienia, jest on zatem uprawniony do skonstruowania przedmiotu umowy stosownie do własnych potrzeb. Niemniej muszą być one obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający ma bowiem prawo tak ukształtować dokumentację postępowania, aby uwzględniła jego wymagania i zapewniła uzyskanie oczekiwanego efektu gwarantującego zaspokojenie określonych celów, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia Izba wskazuje, że pomimo postawienia zamawiającemu zarzutów wadliwego opisu postanowień dokumentacji postępowania, które miały naruszać wskazane przez odwołującego przepisy prawa, odwołanie ma charakter postulatów, aniżeli faktycznych zastrzeżeń w stosunku do czynności zamawiającego. O ile odwołanie od treści SWZ często w praktyce służy do „negocjacji” obowiązków wykonawcy, to nie można tracić ze wzroku, że sprowadzenie środka zaskarżenia do polemiki z zamawiającym, mającej na celu ukształtowanie dokumentacji postępowania w sposób wskazany przez odwołującego, bez faktycznego wykazania, że obecna SWZ narusza przepisy prawa, nie przyniesie pozytywnych efektów. Alternatywny sposób wykonania obowiązków wykonawcy albo subiektywne przekonanie, że dany obowiązek jest uciążliwy dla odwołującego, bez rzeczywistego wykazania naruszenia prawa nie będzie w stanie skutecznie podważyć treści dokumentacji przetargu.

Ponadto do uwzględnienia podniesionego przez odwołującego naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c. konieczne jest wykazanie, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub

właściwością stosunku czy zasadami współżycia społecznego. W rozpoznawanym odwołaniu nie wykazano żadnych naruszeń w stosunku do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, co naruszałoby sporne postanowienia wzoru umowy, nie wykazano również na czym polega sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoistych cech. Naruszenia zasad współżycia społecznego nie podniesiono. Samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, w tym art. 353<sup>1</sup> k.c., bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych. Wszystkie twierdzenia podnoszone przez odwołującego okazały się bezzasadne, zmierzające do narzucenia zamawiającemu za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej bardziej korzystnych z perspektywy odwołującego warunków umowy. Natomiast rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawcy, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne.

Odwołujący zaskarżył lit. d pkt 1.1.1) OPZ w brzmieniu „d) W przypadku, gdy w pojemniku na odpady zmieszane znajdują się odpady, które powinny zostać poddane segregacji bądź odpady, które powinny być wyselekcjonowane i oddane w Punkcie PSZOK Wykonawca odbierze odpady i poinformuje o takim fakcie niezwłocznie Zamawiającego drogą mailową na adres wskazany przez Zamawiającego. Zgłoszenie powinno zawierać adres nieruchomości, opis odpadów, które znajdowały się w pojemniku, liczbę i pojemność pojemnika oraz dokumentację fotograficzną potwierdzającą fakt nieprawidłowej segregacji.” i żądał, aby w przypadku wyżej wskazanych okoliczności wykonawca mógł zostawić taki worek lub pojemnik bez odbioru i odebrać go dopiero jak nie będzie zawierał odpadów, które powinny zostać wyselekcjonowane i przekazane do PSZOK.

Izba stwierdziła, że uzasadnioną potrzebą zamawiającego wynikająca z treści dokumentacji postępowania jest zabezpieczenie gospodarowania odpadami o powyższej charakterystyce, które wadliwie znalazły się w worku lub w pojemniku na odpady zmieszane. Odwołujący podnosił, że nałożenie takiego obowiązku będzie nadmiernie uciążliwe lub niemożliwe do spełnienia, tylko nie wskazano w odwołaniu okoliczności, które miałyby uzasadniać postawioną tezę. W rozpoznawanym środku zaskarżenia skupiono się bowiem na nieprawidłowym zdaniem odwołującego nakazie odebrania takich odpadów jako odpady zmieszane. Trudno jednak uznać argumentację odwołującego za uprawnioną, skoro zaskarżony punkt SWZ nie wskazuje sposobu w jaki wykonawca ma postępować z tymi odpadami, a jedynie nakłada na niego obowiązek ich odbioru. Żądaniem odwołującego nie jest konieczność zmiany dokumentacji postępowania w zakresie sposobu transportu



wskazanych odpadów, zatem sama polemika w jaki sposób wykonawca ma to wykonać dzieje się poza zakwestionowaną lit. d pkt 1.1.1) OPZ i nie dotyczy wniosku odwołującego o *de facto* wydzielenie tej części zamówienia z obowiązków wykonawcy.

Odwołujący życzy sobie odbierać tylko worki i pojemniki, które nie będą zawierały odpadów, które powinny zostać wyselekcjonowane i przekazane do PSZOK, kiedy jak wskazał zamawiający takie sytuacje dość rzadko, ale się zdarzają i nie ma podstawy do pozostawienia takich śmieci bez odbioru. Skoro zamawiający jest obciążony zapewnieniem właściwej gospodarki odpadami, to nie powinno budzić wątpliwości, że chce wyegzekwować ten obowiązek w ramach zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Skład orzekający uznał więc, że ograniczenie zamówienia do możliwości odbioru pojemników na odpady zmieszane, które wyłącznie takie śmieci zawierają i postulowana zmiana SWZ na możliwość pozostawiania odpadów o charakterystyce z lit. d pkt 1.1.1) OPZ bez odbioru nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca nie może pod pozorem naruszenia prawa przerzucać na zamawiającego obowiązki, które są dla niego niewygodne i żądać, by działało się to przykładowo w ramach innej umowy, ponieważ dla tego przedsiębiorcy jest to nadmiernie uciążliwe, czyli powinien się tym zająć inny podmiot, czy chciałby przerzucić to na mieszkańców (bez prawnego instrumentu, który umożliwiłby takie działanie). To nie zamawiający ma zagwarantować wykonawcy właściwą segregację odpadów, bo inaczej nie odbierze on takich śmieci, a wykonawca za stosowanym wynagrodzeniem zajmuje się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych wkalkulowując w cenę warunki prawidłowej realizacji zamówienia, w tym wystąpienie ryzyka, że może okazać się konieczne odebranie odpadów, które wskazano w zaskarżonej treści SWZ. Natomiast w odwołaniu pod pozorem naruszenia prawa żądano w zasadzie nakazania jednostce zamawiającej zastosowania alternatywnego sposobu realizacji uzasadnionej potrzeby zamawiającego określonej w lit. d pkt 1.1.1) OPZ, co nie mogło zostać przez skład orzekający podzielone.

W tym przedmiocie odwołujący zaskarżył również pkt 1.3.4.,33) Wykonawca jest zobowiązany do weryfikowania prawidłowości prowadzonej segregacji. Sprawdzeniu podczas odbioru odpadów z nieruchomości czy w wystawianym worku z poszczególnej frakcji odpadów (papier, szkło, tworzywa sztuczne, bioodpady, popiół i żużel) znajdują się odpady zgodnie z jego przeznaczeniem, natomiast w pojemniku na odpady zmieszane nie powinny znajdować się odpady przeznaczone do segregacji bądź odpady, które powinny być wyselekcjonowane i oddane w Punkcie PSZOK. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów niezwłocznie zawiadamia Zamawiającego /e-mail/ oraz odbiera i zabezpiecza worki z nieprawidłowo posortowanymi odpadami. Zamawiający podejmie czynności kontrolne nie później niż w ciągu trzech dni roboczych od powiadomienia” OPZ. Tutaj także odwołujący ograniczył się do hasłowego negowania możliwości magazynowania takich odpadów, bez przełożenia na wskazanie i udowodnienie okoliczności faktycznych

uzasadniających podniesione hipotezy. Stanowisko o wymaganii niemożliwym do spełnienia jest merytorycznie puste, pomijając już konieczność odniesienia się do obiektywnie niemożliwego do spełnienia wymogu, a nie wymogu uciążliwego, czy braku możliwości wykonania go tylko przez odwołującego. Treść SWZ nie zawiera też żadnych obostrzeń co do samego sposobu zabezpieczenia worków z nieprawidłowo posortowanymi odpadami, zaś Izba przyjmuje, że wykonawcy, którzy będą ubiegać się o zamówienie publiczne dotyczące działalności regulowanej, są profesjonalistami posiadającymi wiedzę w jaki sposób odpowiednio zabezpieczyć takie odpady. Nie wykazano również, aby wymóg magazynowania przedmiotowych odpadów przez trzy dni był sprzeczny z prawem, czy żeby wystarczająca była dokumentacja fotograficzna.

Zamawiający uzasadnił wymaganie koniecznością przeprowadzenia postępowania w sprawie określenia wysokości opłaty za odbiór niesegregowanych odpadów komunalnych, treść OPZ jest więc podyktowana uzasadnioną potrzebą jednostki zamawiającej. W ramach nałożonych na zamawiającego ustawowych obowiązków odpowiada on za zebranie i ocenę materiału dowodowego do wydania decyzji administracyjnej o podwyższeniu stawki za niesegregowane odpady i trudno mu czynić zarzut z chęci zabezpieczenia rzetelnej możliwości wykonania swoich obowiązków. Stanowisko odwołującego także w tym zakresie jest polemiką z SWZ. Wykonawca neguje postawiony wymóg i wskazuje na inny sposób jego wykonania, zamiast podniesienia okoliczności, które powodowałyby możliwość weryfikacji czy treść OPZ uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty lub powoduje naruszenie zasady swobody umów, czy dotyczy świadczenia niemożliwego do realizacji. Główny postulat i zapewnienie odwołującego są niewystarczające do złożenia skutecznego środka zaskarżenia.

Odwołujący zaskarżył pkt 1.3.4. „37) Wykonawca zobowiązany jest wymienić uszkodzony pojemnik (kontener) z zabudowy wielorodzinnej oraz z PSZOK w terminie 2 dni roboczych od daty zgłoszenia. W przypadku uszkodzenia pojemnika podczas jego opróżniania z zabudowy jednorodzinnej, Wykonawca zobowiązany jest po uzasadnionym zgłoszeniu przez właściciela nieruchomości wymienić pojemnik. Stan pojemnika nie może być gorszy niż przed jego uszkodzeniem” OPZ podnosząc, że obowiązek ten powinien dotyczyć wyłącznie pojemników lub kontenerów uszkodzonych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zaś w innych wypadkach wymiana taka powinna nastąpić odpłatnie.

Skład orzekający wyjaśnia, że odpowiedzialność za uszkodzenie pojemnika wykonawcy, którą ukształtowano na zasadzie ryzyka przedsiębiorcy nie uchybia zasadzie swobody umów. Wykonawca na czas realizacji zamówienia zapewnia pojemniki na gromadzenie odpadów i należy wliczyć w cenę oferty możliwą konieczność ich wymiany z powodu zniszczenia. Alternatywny sposób realizacji umowy, tj. zamiast wliczenia już w cenę oferty domaganie się każdorazowej zapłaty w toku wykonywania kontraktu nie

zostało w żaden sposób powiązane z chociażby hipotetyczną możliwością naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Po raz kolejny odwołujący w inny sposób widziałby ukształtowanie treści umowy i wykorzystuje postępowanie odwoławcze nie do wykazania sprzecznej z prawem czynności zamawiającego, a do próby narzucenia dogodniejszych dla siebie warunków realizacji umowy.

W odwołaniu żądano również modyfikacji przyjętego przez jednostkę zamawiającą w pkt 4.7 OPZ określenia ilości odpadów zmieszanych oraz innych frakcji, która będzie „określana wagowo każdorazowo poprzez zważenie pojemnika i jego przyporządkowanie do odpowiedniego wytwórcy odpadu. Obowiązkowe jest zważenie samochodu odbierającego odpady przed rozpoczęciem odbioru odpadów oraz przed jego rozładunkiem dotyczy to każdej frakcji odebranego odpadu. Ważenie dokonywane będzie w punkcie wskazanym przez Zamawiającego położonym na terenie Miasta Radzymin oraz w punkcie Wykonawcy. Dla ustalenia ilości odpadów odebranych pierwszeństwo będą miały wagi z punktu wskazanego przez Zamawiającego (...)” na określenie masy odpadów na podstawie ilości z karty KPOK/KPO z instalacji, do której przekazano odpady i uznanie, że dane z punktu ważenia zamawiającego będą miały jedynie charakter kontrolny. Izba nie podzieliła stanowiska wykonawcy o naruszającym prawo sposobie rozliczenia masy odpadów, a żądaną zmianę SWZ uznała za bezzasadną.

Właśnie ze względu na zasadę swobody umów, której naruszenie zarzucono zamawiającemu strony mogą określić sposób rozliczenia wynagrodzenia, który będzie polegał na zapłacie za ilość odebranych odpadów zważoną w punkcie zamawiającego. Treść dokumentacji postępowania nie narusza także art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p., co zdaniem odwołującego miało nastąpić poprzez wprowadzenie warunków niespójnych z obowiązującymi przepisami prawa, nadmiernie uciążliwych dla wykonawcy i narażających go na poniesienie szkody.

Jak trafnie wyjaśnił zamawiający należy rozróżnić obowiązki sprawozdawcze gminy od sposobu rozliczenia wynagrodzenia z wykonawcą realizującym zamówienie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Fakt, że jednostka zamawiająca wykorzystuje karty KPOK/KPO do innych celów nie oznacza, że brak zapłaty wynagrodzenia na ich podstawie w przetargu automatycznie powoduje jakąś sprzeczność z przepisami prawa. Narzucenie zamawiającemu sposobu rozliczenia wynagrodzenia, dlatego, że wykonawca uważa dany sposób za lepszy dla przedsiębiorcy jest nieracjonalne, w szczególności, że odwołujący przyznał, iż waga zamawiającego jest najdokładniejszą dla pojazdów o dużej pojemności (posiada margines błędu +/- 20 kg). Zamawiający w sposób przekonujący i racjonalny wyjaśnił jak będzie odbywało się ważenie odpadów, co zapewni skuteczną kontrolę ich masy. Odniesiono się do cech wagi, która będzie przeznaczona tylko do tego celu, posiada wszelkie legalizacje potwierdzające poprawność pomiarów, tym samym

spełniając warunki, aby dokonane ważenie stanowiło rzetelną podstawę do wystawienia karty przekazania odpadów. Masa śmieci wywożonych przez wykonawcę będzie jednoznacznie ustalona, a dalsze przetwarzanie odpadów kontrolowane. Wskazano na automatyzację procesu ważenia, swobodny dostęp kierowców do punktu i udostępnienie elektronicznych kart dostępu, więc stanowisko odwołującego o przyjęciu sposobu rozliczenia narażającego go na straty, czy nadmiernie uciążliwego pozostało niepotwierdzone. Odwołujący nie zdecydował się również na przeniesienie swojego stanowiska na wnioski dowodowe, ograniczając się do polemiki z SWZ.

Izba uwzględniła również argumentację zamawiającego, że przyjęty sposób rozliczenia jest wynikiem jego doświadczeń przy wykonywaniu tego typu usług, a zapłata wynagrodzenia na podstawie wskazań własnej wagi nie jest niespotykana w praktyce. Zamawiający opisał problemy jakie mogą wynikać z przyjęcia sposobu rozliczenia wskazanego przez wykonawcę, wypunktowując, dlaczego jego sposób jest korzystniejszy dla gospodarowania finansami publicznymi. Dokumentacja postępowania została więc ukształtowana prawidłowo, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, aby obecne ukształtowanie praw i obowiązków w ramach stosunku umownego naruszało w jakikolwiek sposób zasadę swobody umów – kiedy konieczne jest wykazanie, iż rzekoma nieproporcjonalność narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień, czy przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązujący przy stosunkach danego rodzaju. Nie wykazano braku możliwości realizacji zobowiązania wynikającego z umowy, zaś podnoszone naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p. pozostało w sferze spekulacji strony, która nie wykazała, aby obecna treść SWZ uniemożliwiała wykonawcy złożenie prawidłowej oferty, zatem zarzuty z punktów 5, 7, 13 i 14 uzasadnienia odwołania zostały przez Izbę oddalone jako bezpodstawne.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Rozstrzygnięcie o kosztach wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....